

Signature du contrat et substitution du référé précontractuel par un référé contractuel

Un concurrent évincé ne peut, à l'occasion d'un pourvoi en cassation exercé contre une ordonnance rejetant son référé précontractuel, présenter, par la voie du référé contractuel, de nouvelles conclusions tendant à l'annulation du contrat conclu entre-temps.

La commune de Bora-Bora a lancé, en septembre 2022, une procédure de publicité et de mise en concurrence en vue de la passation d'un marché d'assistance pour le renouvellement des contrats d'affermage de ses services d'assainissement des eaux usées (lot n° 1) et de l'eau industrielle (lot n° 2). Évincée de la procédure considérée, la société Occelia a introduit un référé précontractuel devant le tribunal administratif de la Polynésie française, rejetée par ordonnance du 21 février 2023. Estimant cette décision irrégulière, car omettant de statuer sur un moyen (tenant au fait que le règlement de consultation – vice notable⁽¹⁾ – imposait que les deux lots de la procédure soient attribués à un seul et même opérateur), la société Occelia a décidé de former un pourvoi en cassation à son encontre. Alors qu'il semblait s'orienter vers une censure – le rapporteur public, Esther de Moustier, ayant proposé d'annuler l'ordonnance, puis la procédure de dévolution, lors de l'audience publique – le Conseil d'État a toutefois été informé, en cours de délibéré, de la signature du contrat en cause. La société requérante a alors présenté de nouvelles conclusions, tendant à son annulation, sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du Code de justice administrative relatifs au référé contractuel. C'est dans ce contexte que la Haute juridiction – qui a dû, pour trancher le litige, incidemment se prononcer sur l'applicabilité, en Polynésie française, des dispositions du Code de justice administrative afférentes aux référés précontractuels et contractuels – a été amenée à statuer sur la possibilité pour un candidat évincé de présenter, à l'occasion d'un pourvoi en cassation exercé à l'encontre d'une ordonnance rejetant son référé précontractuel, de conclusions tendant à l'annulation du contrat.

Auteur

Hervé Letellier
Avocat associé
SELARL Symchowicz Weissberg et associés.

Références

CE 9 février 2024, Société Occelia, req. n° 471852

(1) CE 18 septembre 2015, Syndicat intercommunal des eaux du Bas Roublon, req. n° 389740.

La décision commentée^[2], qui rejette légitimement (d'un point de vue juridique du moins) les conclusions formulées tant en référé précontractuel qu'en référé contractuel, permet de rappeler deux principes fondateurs du contentieux de la passation des contrats.

La signature du contrat met fin à l'office du juge des référés précontractuels

En premier lieu, constatant la signature effective du contrat (portée à la connaissance de la juridiction de manière assez tardive, à l'issue de l'audience publique), le Conseil d'État en a naturellement déduit que le recours exercé en référé précontractuel s'en trouvait privé d'objet. Sur ce point, trois constats peuvent être faits.

L'applicabilité des dispositions du Code de justice administrative à la Polynésie française

Tout d'abord, avant de tirer les conséquences contentieuses de la conclusion du marché, la Haute juridiction est venue rappeler que le référé précontractuel obéit, sur le territoire de la Polynésie française (comme en Nouvelle-Calédonie et dans les îles Wallis-et-Futuna), à des règles contentieuses spécifiques.

Pour ces territoires, le Code de justice administrative déroge en effet aux règles de droit commun (notamment recensées par les articles L. 551-1 à L. 551-12) par le biais d'un article spécifique, l'article L. 551-24. Les règles en cause sont toutefois assez similaires à celles applicables sur le reste du territoire français, à ceci près que la saisine de la juridiction n'induit pas automatiquement l'impossibilité de signer le contrat (comme le rappellent, selon les principes de droit commun, les articles L. 551-4 et L. 551-9, pour peu que l'acheteur en soit informé soit par communication du tribunal administratif, soit par notification du requérant conformément aux dispositions de l'article R. 551-1^[3]). Ayant conservé le mécanisme antérieur, et les joies – aujourd'hui (fort heureusement) désuètes – de la « course » à l'obtention des ordonnances juridictionnelles imposant aux acheteurs de suspendre la signature du contrat, l'article L. 551-24 dispose ainsi que « dès qu'il est saisi », le magistrat « peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours ». Même si cette différence procédurale n'était pas directement en cause dans l'affaire considérée, l'occasion nous est donc ici donnée de rappeler que l'introduction d'un référé précontractuel à l'encontre de procédures de passation lancées en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans les

îles Wallis-et-Futuna impliquera pour le requérant, pour éviter toute mauvaise surprise, d'introduire son recours, d'obtenir du magistrat une ordonnance enjoignant à l'acheteur de suspendre le processus de signature et de notifier (en doublon avec ce que fera la juridiction) ordonnance et recours à la personne publique.

Les prérogatives du juge du référé précontractuel expirent du fait de la signature du contrat

Ensuite, après avoir rappelé qu'il résulte des dispositions spécifiques de l'article L. 551-24 du Code de justice administrative « que les pouvoirs conférés au juge administratif par la procédure spéciale ainsi instituée ne peuvent plus être exercés après la conclusion du contrat », le Conseil d'État tire toutes les conséquences de la signature intervenue en concluant que les conclusions tendant à l'annulation de l'ordonnance du juge du référé précontractuel sont, de fait, devenues sans objet. La décision, parfaitement logique, s'insère dans la droite lignée de la jurisprudence administrative constante aux termes de laquelle la signature du contrat rend le recours irrecevable (si la signature intervient avant la saisine juridictionnelle) ou sans objet (si la signature intervient après)^[4]. Cette règle cardinale, résultant des termes mêmes du Code de justice administrative, est d'autant plus constante que le juge du référé précontractuel s'interdit en outre d'apprécier la validité de la signature : si le contrat est signé, même par une personne incompétente, ou ayant entaché sa décision de détournement de pouvoir, voire même violé le délai de *standstill*, le référé précontractuel tombe^[5].

L'asymétrie du contrôle susceptible d'être exercé par le juge de cassation^[6] – et c'est là une limite évidente du référé précontractuel (même si l'on comprend aisément que la législation, au nom de la continuité de l'action publique, ne peut guère envisager que le pourvoi en cassation, à l'instar de l'action de première instance, ait pour effet de suspendre la possibilité de signer le contrat) – est ici patente. Là où les ordonnances d'annulation peuvent en effet bénéficier d'un véritable double

[4] CE Sect., 3 novembre 1995, Chambre de commerce et d'industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées, req. n° 157304 ; CE 3 novembre 1995, Société Stentofon, req. n° 152650 ; CE 17 janvier 1996, SA Atelier Mériguet-Carrère, req. n° 162201 ; CE 29 juillet 1998, Société Holbat, req. n° 151357.

[5] CE 7 mars 2005, Sté Grandjouan-Saco, req. n° 270778 ; CE 17 octobre 2007, Sté Physical Networks Software, req. n° 300419 ; CE 8 février 1999, Sté Campenon Bernard, Req. n° 188100, *Rec. CE* p. 890.

[6] Asymétrie que mettait d'ailleurs en exergue le rapporteur public de Moustier en insistant sur le fait que l'atteinte au recours effectif en résultant était atténuée par la possibilité offerte, pour les concurrents évincés, d'introduire un recours en annulation du contrat ou une action indemnitaire.

[2] CE 9 février 2024, Société Occelia, req. n° 471852.

[3] CE 5 mars 2014, Société Eiffage TP, req. n° 374048.

degré de juridiction, les décisions de rejet échappent, elles, alors même que leur irrégularité peut être évidente (comme en l'espèce), à tout contrôle^[7].

Une divergence de jurisprudence entre les ordres de juridiction

Il est toutefois à relever que cette position n'est pas partagée par la Cour de cassation, dont l'optique s'avère sans doute plus didactique. Cette dernière, amenée à statuer sur des actions intentées, contre des acheteurs de droit privé, sur le fondement de l'article 1441-1 du Code de procédure civile et de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, considère en effet que si la signature du contrat « met fin aux pouvoirs du juge saisi en matière précontractuelle, elle ne prive pas d'objet le pourvoi contestant la décision prise par celui-ci avant que cette signature n'intervienne »^[8]. La signature d'un contrat, en cours de pourvoi, ne prive donc pas de compétence le juge de cassation, lequel pourra ainsi statuer sur le fond du litige. La portée de sa décision – aux effets plus pédagogiques que juridiques^[9] – aura toutefois des conséquences limitées : le juge pourra certes se prononcer sur les moyens soulevés mais ne pourra *de facto* annuler la procédure, le contrat ayant été déjà conclu. Et comme, la jurisprudence judiciaire semble s'orienter, avec certaines divergences, vers l'impossibilité de contester au fond le contrat conclu au motif que seuls les recours spécifiques prévus par l'ordonnance précitée peuvent être exercés (seuls restant alors recevables les demandes d'indemnisation)^[10], les droits du candidat évincé ne s'en trouvent finalement guère plus préservés.

Les conditions de bascule du référé précontractuel vers le référé contractuel

En second lieu, saisi en cours d'instance de nouvelles demandes formulées au visa des articles L. 551-14 et suivants du Code de justice administrative, le Conseil d'État s'est prononcé sur les conditions dans lesquelles un requérant pouvait présenter, à la suite de l'introduction de son référé précontractuel et de la signature du contrat, des conclusions tendant à l'annulation du

marché. Pour expliquer le raisonnement de la Haute juridiction, considérant le recours en référé contractuel irrecevable, trois observations s'imposent.

L'applicabilité à la Polynésie française des dispositions du CJA afférentes au référé contractuel

D'abord, pour se prononcer sur la possibilité de procéder à la substitution proposée par le candidat évincé, le Conseil d'État a dû s'interroger sur l'applicabilité en Polynésie française des dispositions du Code de justice administrative afférentes au référé contractuel. Sur ce point, la Haute Assemblée, confirmant sa jurisprudence antérieure^[11], a répondu que les textes en cause pouvaient bien être invoqués en précisant que les « articles L. 551-13 et suivants du Code de justice administrative relatifs au référé contractuel » « sont applicables en Polynésie française en vertu du 6° de l'article 7 de la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, qui dispose que sont applicables de plein droit dans cette collectivité les dispositions législatives et réglementaires ayant trait à la procédure administrative contentieuse ». Sur le plan des principes, un référé contractuel était donc bien concevable.

le rappel de l'interdiction du cumul référé précontractuel/référé contractuel

Ensuite, poursuivant son raisonnement, la Haute juridiction considère que le principe édicté par l'article L. 551-14 du Code de justice administrative, interdisant à l'auteur « du recours prévu à l'article L. 551-1 ou à l'article L. 551-5 » d'exercer un référé contractuel « dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours » est également applicable au territoire de la Polynésie française.

Même si le texte renvoie à des dispositions qui, *de jure*, ne peuvent être mises en œuvre (la Polynésie française, ainsi que précédemment exposé, étant soumise au régime spécifique de l'article L. 551-24 du code et non à celui des articles L. 551-1 et suivants), l'article L. 551-14 précité « doit être interprété, pour son application en Polynésie française, comme fermant la voie du référé contractuel lorsque le demandeur a formé un référé précontractuel en application de l'article L. 551-24 et que la personne publique a respecté la suspension de la signature du contrat ordonnée par le président du tribunal administratif ou le magistrat délégué par lui et s'est conformée à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours ». Ainsi que le proposait le rapporteur public, le Conseil d'État préserve donc la portée utile de l'article L. 551-14 en faisant application, sur ce territoire

[7] Sauf dans les hypothèses où l'acheteur décide, de lui-même, de suspendre la signature du contrat dans l'attente de la décision du Conseil d'État (pour un exemple récent CE 2 février 2024, Suez France, req. n° 489820).

[8] Cf. par ex. Cass. com. 22 mars 2023, pourvoi n° 21-10.808.

[9] Il est à noter que le Conseil d'État s'inspire parfois de cette logique en se prononçant sur la portée des moyens avancés pour *in fine* rejeter le référé au motif que le contrat a déjà été signé (en ce sens cf. par ex. CE 12 mars 2012, Communauté d'agglomération du Pays de Montbéliard, req. n° 354279 ; CE 27 mai 2016, Société Nord Picardie Maintenance Service, req. n° 395863).

[10] En ce sens cf. par ex. cour d'appel de Rennes 19 mars 2021, n° 17/08002 ; TGI Paris 19 septembre 2017, n° 14/15800 ; TJ Nancy 20 mai 2021, n° 20/00199 ; TJ Paris 3 octobre 2023, n° 22/06908.

[11] CE 27 octobre 2011, Société TAT, req. n° 350790.

comme ailleurs, du principe selon lequel un même requérant ne peut, en principe, cumuler référé précontractuel et référé contractuel.

Et, il en déduit que les conditions posées par lesdits textes pour admettre une passerelle entre les deux actions, tenant donc à la méconnaissance par l'acheteur, soit de l'interdiction de signer le contrat à compter de la saisine du juge^[12] – ou plus précisément, s'agissant de la Polynésie française, de la violation de l'ordonnance du juge du référé précontractuel interdisant la signature du contrat (puisque le recours n'a pas en lui-même d'effet suspensif) – soit de la méconnaissance de la décision rendue en référé précontractuel, n'étaient pas réunies en l'espèce. En effet, la commune de Bora-Bora n'a signé le marché que postérieurement à l'intervention de l'ordonnance du juge du référé précontractuel rejetant la demande formée devant lui, excluant *de facto* toute possibilité de cumuler le référé précontractuel et le référé contractuel.

Par cette décision, juridiquement implacable, le Conseil d'État confirme le caractère dérogatoire du référé contractuel, recours qui ne peut donc être envisagé que dans des situations spécifiques matérialisant une urgence et une irrégularité particulières.

L'interdiction suggérée par le rapporteur public de procéder à une substitution de fondements à l'occasion de deux instances différentes

Enfin, même si le Conseil d'État ne se prononce pas sur ce point, le rapporteur public ajoutait, dans ses

[12] Hypothèse qui recouvre celle où l'acheteur ne respecte pas le délai imposé entre le choix de l'attributaire et la signature du contrat, dit délai de *standstill* (cf. pour un rappel des principes applicables concl. Boulouis sur CE 19 janvier 2011, Grand Port maritime du Havre, req. n° 343435).

conclusions, que la passerelle envisagée entre les deux actions posait en tout état de cause une difficulté supplémentaire liée au fait que le juge de cassation se trouvait saisi d'une double action, celui-ci étant invité à annuler l'ordonnance du juge du référé précontractuel pour statuer *in fine* en qualité de juge du référé contractuel. Or, ainsi que le rappelait Esther de Moustier « si un même juge peut endosser successivement dans un même litige les habits du juge du référé précontractuel et ceux du juge du référé contractuel c'est au sein de la même instance, et non successivement en première instance puisque en cassation » puisque le différend « dont est saisi le juge de cassation est cristallisé par l'ordonnance du juge des référés ». Celui-ci étant intervenu, en l'espèce, en qualité de juge du référé précontractuel, le Conseil d'État ne pouvait donc guère intervenir en qualité de juge du référé contractuel, justifiant d'autant plus la décision adoptée.

Au total, la décision rendue, si elle n'est guère novatrice sur le plan juridique (si ce n'est pour évoquer l'application à la Polynésie française des principes régissant le référé contractuel), a le mérite de rappeler deux principes fondateurs du contentieux de la passation des contrats publics : l'impossibilité pour le juge du référé précontractuel de statuer une fois le contrat signé et le caractère restreint de l'action en référé contractuel, pour l'essentiel réservée à l'absence totale de publicité ou à un comportement de l'acheteur ayant fait obstacle à une saisine utile du juge du référé précontractuel^[13]. Tout en illustrant, la dissymétrie des prérogatives contentieuses offertes à l'acheteur et au candidat évincé, ce dernier n'ayant matériellement pas eu la possibilité, en dépit d'une procédure manifestement irrégulière et d'une décision du juge de première instance qui l'était tout autant, de faire sanctionner ce manquement en référé. Une défaite contentieuse donc pour une irrégularité pourtant évidente.

[13] En ce sens, concl. précitées de Moustier.